USFQ LAW REVIEW
Volumen IX, Núm. 1, julio 2022
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Implementación de un marco de *enforcement* societario adecuado en Ecuador

Implementation of An Adequate Corporate Enforcement Framework in Ecuador

Mateo Vicente Landívar Chávez*

Recibido / Received: 29/03/2022
Aceptado / Accepted: 18/05/2022
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2586

Citación:
Landívar Chávez, M.V. «Implementación de un marco de enforcement societario adecuado en Ecuador». *USFQ Law Review, Vol 9, no 1*, julio de 2022, pp. 127-157, doi: 10.18272/ulr.v9i1.2586

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mateolandivar06@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-7015-668X

Resumen

Este ensayo se enmarca en la situación actual ecuatoriana con respecto de la aplicación de la normativa societaria y en la posible implementación de reformas para establecer un marco de *enforcement* adecuado. Apoyándose en su derecho en libros, ¿se podría desarrollar un planteamiento que asegure la correcta aplicación de tales normas? El ensayo sostiene que sí, entre algunas medidas, principalmente mediante la creación de un centro arbitral especializado en materia societaria, para mejorar el escenario, dado que hoy por hoy, el *enforcement* societario en Ecuador es inexistente. Para validar su aplicación práctica, se acogieron como casos de estudio las experiencias en Delaware, Israel y Colombia. La exposición es presentada a través de un método deductivo, mixto (cualitativo y cuantitativo) y del estudio comparado y comparativo de otras jurisdicciones. Tras un profundo análisis, se ultima que el planteamiento es plausible y compaginaría con las reformas referentes al derecho societario.

Palabras clave

Aplicación de la Ley; Derecho Societario; Sistema judicial; Arbitraje; Tribunales Especializados

Abstract

This essay analyzes the current Ecuadorian situation regarding corporate law enforcement and the possible implementation of reforms to establish an adequate enforcement framework. Relying on its law on the books, could the country develop an approach that ensures the correct application of such rules? This essay argues that, among other measures, mainly through the creation of an arbitration center specialized in corporate matters, the current situation has room for improvement. To validate its practical application, this essay uses the experience in Delaware, Israel, and Colombia as case studies. The conclusion is presented through a deductive method, qualitative perspective, and the comparative study of other jurisdictions. After a thorough analysis, it is concluded that the proposal is plausible and would conveniently resonate with the latest reforms regarding corporate law.

Keywords

Law Enforcement; Corporate Law; Judiciary System; Arbitration; Specialized Courts

1. Introducción

La noción general de *enforcement* tiende a aparecer de manera difusa en el contexto latinoamericano, e incluso el europeo[1]. Este término, desde una perspectiva legal, alude a los procedimientos iniciados ante una Corte u otros tribunales[2]. El desarrollo histórico del derecho societario ecuatoriano demuestra la inexistencia de herramientas[3] que permitan un adecuado *enforcement* de la normativa societaria. Este hecho se vincula con las falencias del sistema de administración de justicia presentado en Ecuador. Al día de hoy, no se ha planteado formalmente la creación de un espacio con jueces expertos en materia societaria.

Hoy por hoy, en Ecuador dirimir los conflictos en esta materia es competencia de los jueces de lo civil. Estos jueces están llamados a conocer y resolver conflictos societarios, a pesar de no tener conocimiento especializado sobre dichos asuntos. Existen varios esfuerzos para que se elimine este problema y se posibilite a las compañías contar con seguridad jurídica para evitar la constante disputa que el escenario de hoy en día presenta. Gracias al avance en su derecho en libros, si consigue que se plasmen en la práctica de manera efectiva, Ecuador podría situarse por encima de países que se actualizan constantemente y procuran establecer marcos adecuados de *enforcement* de manera continua[4].

Existen países que han demostrado tener modelos estables y exitosos de *enforcement* societario, comprobando ser jurisdicciones en las que la ley es clara y bien ejecutada. Ecuador se encuentra por detrás de estos modelos dado que no permite una armonía entre lo que el derecho establece y lo que en el terreno de juego se practica. Por otro lado, el país ha demostrado no quedarse atrás en el trabajo y estudio por la evolución normativa, por cuanto ha modernizado su legislación desde varias aristas. Sin embargo, debe encontrarse una vía apropiada para permitir que se pueda ejercer lo definido legalmente de forma eficaz.

Contar con un adecuado derecho en libros y eficiente sistema de *enforcement,* es fundamental para el desarrollo económico[5].Sobre el tema cabe decir que existen muchos beneficios, evidenciados en los países con sistemas judiciales efectivos. Entre ellos, se ha mencionado que además de proteger a los inver-

1 Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012), 84-88.

2 John Armour, "Enforcement Strategies in UK Corporate Governance: A Roadmap and Empirical Assessment", *ECGI - Law Working Paper No. 106/2008* (2008), 3.

3 Paúl Noboa Velasco, "Problemas de Agencia y su Mitigación en el Contexto Societario Ecuatoriano"*, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF). Working Paper Series 5/2020* (2020), 37.

4 Aurelio Gurrea Martínez, Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortiz Mena, "Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador", *Oxford Business Law Blog*, 27 de enero de 2021, https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador

5 Aurelio Gurrea Martínez et al., "Propuesta para la Mejora y Modernización de la Legislación Societaria en Ecuador" *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas Working Paper Series 2/2019* (2019), 65. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3383861

sionistas locales, esta iniciativa también "(…) podría favorecer la atracción de consumo e inversión en el país, además de promover la creación y financiación de empresas"[6]. Esto promovería una mayor seguridad jurídica al momento de resolver controversias societarias.

Con el *enforcement* se pretende activar mecanismos óptimos que aseguren una expedita aplicación de protecciones sustantivas en provecho de todo grupo de interés vinculado a una sociedad mercantil[7]. Es fundamental encontrar la aplicación del reconocimiento de principios adecuados suficientes para encausar debidamente las relaciones societarias y proteger –cuando correspondiere– a los grupos de interés que no controlan una compañía[8]. Ecuador aún se encuentra ante varios desafíos de índole urgente, pero, en definitiva, prima la necesidad de contar con autoridades especializadas para la resolución de controversias societarias.

Este trabajo se plantea demostrar si existe o no una debida aplicación de las normas, y con ello saber si tal *enforcement* es aprovechado en su totalidad. Los resultados serán discutidos de acuerdo con la realidad ecuatoriana y lo que su legislación determina. La metodología que se utilizará para dicho análisis es deductiva, poseerá un enfoque cualitativo y cuantitativo, así como ciertamente axiológico, el cual permitirá realizar un exhaustivo estudio comparativo y contrastado con diversas jurisdicciones.

2. Revisión de la literatura

Para que el Derecho Societario pueda reducir el riesgo de oportunismo de los denominados *corporate insiders*[9] y proteger a los inversores de manera efectiva, debería existir un adecuado marco de aplicación de las normas societarias[10]. Caso contrario, cualquier reforma propuesta al marco societario en los libros (o, en general, de cualquier ámbito del Derecho), por más avanzado que este fuere, resultaría inaplicable en la práctica[11]. Es por esta razón que este trabajo se plantea una posible solución a la inadecuada y/o falta de aplicación de la normativa en esta rama del Derecho, misma que goza de reformas y varios avances, pero no consigue satisfacer las necesidades de las sociedades fuera de lo escrito en el papel.

Un importante sector doctrinario sostiene que es imperativo considerar la creación de un medio que se base en un sistema alternativo de resolución

6 *Ibíd.*
7 Paúl Noboa Velasco, "El Enforcement Societario en Ecuador", Columna Societaria Lawyers Ec Magazine, 05 de octubre de 2021, https://twitter.com/lawyers_ec/status/1445547460454072324
8 *Ibíd.*
9 Traducción no oficial: Grupos controladores.
10 Gurrea *et al.,* "Propuesta", 62.
11 Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", *American Law Review 44, No. 1.* (1910): 12-36.

de conflictos en materia de sociedades[12]. Es digno de mención, que el marco procesal ordinario en Ecuador podría encontrar incompatibilidad con la necesidad de asegurar una adecuada aplicación de las normas societarias[13]. Este mencionado planteamiento, es accesorio a una serie de medidas que se recomienda también implementar para conseguir un *enforcement* adecuado[14].

El *enforcement*, entendido como la buena aplicación del Derecho, entre sus varias acepciones, así como las reglas por sí mismas, son complementarias[15]. Para cumplir sus objetivos, es esencial actualizar el régimen societario adjetivo para obtener un buen *enforcement*[16]. Tener una figura exacta o similar, al menos en los tribunales económicos especializados, presente en varios países, representa una sustancial evolución en el campo referido. Entre otras acciones, la base para que este sistema funcione, en virtud de los distintos ordenamientos jurídicos en los que aparece, es que el poder judicial debe cooperar con la legislatura[17].Partiendo de la diferencia entre el Derecho en los libros y el Derecho en la acción[18], el Derecho Societario en Ecuador aún afronta el gran desafío de implementar un marco procesal avanzado que permita resolver las controversias societarias de manera oportuna y técnica[19]. Ante la ausencia de un marco de *enforcement* eficiente, cualquier esfuerzo legislativo para modernizar las disposiciones de la Ley de Compañías podría resultar insuficiente[20]. En este estudio, se puede apreciar un justo enfoque a la imperante necesidad de mejorar el sistema de justicia actual o apostar por el uso de un mecanismo alternativo.

3. Marco teórico

Como se ha demostrado hasta el momento, se han generado varios criterios muy similares al tratar las posibles vías para aplicar el Derecho en libros[21]. Para darle forma a la obtención de esta conjugación de teoría y práctica, existen, en principio, dos alternativas que lo permitirían. En primer lugar, la justicia ordinaria, sistema que se aplica en la actualidad en Ecuador; y el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, mecanismo bien aplicado en muchos países de los que se hará mención.

12 Gurrea, *et al.,* "Propuesta", 63.
13 *Ibíd.*
14 Marco Ventoruzzo, Pierre-Henri Conac, Gen Goto, Sebastian Mock, Mari Notari, Arad Reisbegr, *Comparative Corporate Law*. (St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2015), 107.
15 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes and Andrei Shleifer, "Law and Finance After a Decade of Research", *Handbook of the Economics of Finance*, *Harvard University & University of Chicago. Legal Rules Versus Law Enforcement* (2021), 445-446.
16 Gurrea, *et al.,* "Propuesta", 63.
17 Ventoruzzo, *et al. Comparative Corporate Law*, 107.
18 Pound, "Law in Books", 12.
19 Noboa, "El Enforcement Societario en Ecuador", 2.
20 Gurrea, *et al.,* "Modernizing Corporate Law in Latin America"
21 Gurrea *et al.,* "Propuesta", 62.

Para el enfoque que este análisis requiere, precisamente en temas de aplicación de normas de derecho corporativo, hay un país que lo ha ejecutado impecablemente. Se trata de Estados Unidos, ya que cuenta con uno de los modelos mejor desarrollados de *enforcement* dado a su eficiente sistema de resolución de controversias societarias[22]. Delaware es un Estado que se ha posicionado con una fuerte ventaja por sobre los demás en ese país, en esta materia. Este Estado goza de una distinguida Corte conformada por jueces especializados en asuntos societarios y una Corte Suprema con la misma calidad de versados en los mismos temas[23].

Por otro lado, se ha comentado a breves rasgos sobre la justicia ordinaria y su situación existente en Ecuador. En la actualidad del país, varias ramas del Derecho cuentan con jueces especialistas, lo son puesto que les corresponde dirimir controversias en cada una de dichas áreas. No es el mismo escenario para el Derecho Societario, dado que es notoria la ausencia de especialización en los jueces y por ello muchos casos se dilatan o simplemente no se solucionan de la mejor manera, como bien podrían.

En lo relativo a los mecanismos alternativos de resolución de controversias, algunos autores presentan un planteamiento bajo la figura de tribunal arbitral especializado en materia societaria. Se trata de una opción con justificada preferencia[24]. Gurrea, *et. al.* señalan que los avances de las normas societarias dependerán significativamente de si se aplican correctamente[25], para evitar la propensión al oportunismo[26] y la disminución de costes[27].

Para mayor practicidad, es indispensable tener expertos con excepcionales estándares técnicos y cualidades éticas para dirimir controversias societarias[28]. Este aspecto contribuirá a su vez al crecimiento económico del Estado que asegure una aplicación práctica de sus normas jurídicas[29]. Para aquellos efectos, la propuesta a la que se ha hecho alusión para promover la correcta aplicación del buen Derecho en libros, exige dos básicos factores.

El primero es, sin duda alguna, un preclaro requisito que, a su vez, es intrínseco en esta propuesta: se debe contar con verdaderos entendidos en finanzas corporativas, economía, contabilidad y –ante todo– derecho societario[30].

22 Ventoruzzo, *et al,* "Comparative Corporate Law", 38.
23 *Ibíd.*
24 Gurrea, *et al.,* "Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador."
25 *Ibíd.*
26 Reyes, "Análisis Económico del Derecho Societario", 84-88.
27 Gurrea *et al.,* "Propuesta", 62-67.
28 *Ibíd.*
29 John C. Coffee jr., "The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and its Implication", 93 Nw U.L. Rev. 641, 1999, 26. Citado por: Francisco Reyes Villamizar, "Análisis Económico del Derecho Societario", 87.
30 Gurrea *et. al.,* "Propuesta", 62.

Planteamientos existentes[31], basados en la experiencia de otras jurisdicciones[32], proponen que sea mediante arbitraje como se diriman estas controversias.

Estos intermediarios, sean o no árbitros, necesitarían demostrar ante una determinada autoridad o institución, su conocimiento sobre normativa local, extranjera y también estar al día en opiniones doctrinarias y jurisprudenciales en asuntos societarios[33]. Sin este preámbulo, la práctica se complicaría y nos llevaría al problema inicial, que los conflictos societarios sean resueltos por intermediarios sin erudición ni dominio de las temáticas requeridas. Este tema será desarrollado con mayor detalle más adelante.

El segundo requisito indica lo primordial de ofrecer facilidades para el acceso a este espacio. Para su funcionamiento, se ha mencionado que "[…] el auspicio económico podría provenir de las tasas recaudadas de compañías extranjeras y otra parte de un subsidio estatal complementario"[34]. Esta iniciativa sería favorable en varios aspectos, ciertamente en lo referente a costes y –al tratarse de una tutela sofisticada para inversionistas– incentivaría a muchas compañías a domiciliarse en Ecuador. Si bien existen otras alternativas, dado que el arbitraje es costoso, una mejor opción podría ser recurrir al organismo de control de las compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, SCVS.

Dicho esto, pese a que la intención de la mencionada propuesta es meritoria, podría pasar que en Ecuador no llegue a efectuarse dado que este escenario presenta varios obstáculos y limitaciones que se puntualizarán más adelante. Por esta razón, la sugerencia expuesta por el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, podría funcionar siempre que se adapte a nuestra realidad para solucionar los inconvenientes procesales vigentes y, a su vez, marcar un referente para la región. Por consiguiente, resultaría conveniente sustituir el marco procesal societario ecuatoriano, para asegurar su apropiado funcionamiento.

Con fundamento en la experiencia de otras jurisdicciones, expertos en materia societaria sugieren la creación de un centro especializado para la resolución de controversias en esta materia[35]. Este permitiría a las partes beneficiarse de una solución técnica a sus controversias, derivándose, de esta manera, mayores beneficios en el funcionamiento del mismo. A partir de esto, nacen varias preguntas como por ejemplo ¿por qué no bastan los centros de arbitrajes actuales? La respuesta radica, en la capacidad de la SCVS de colaboración

31 *Ibíd.*
32 *Ibíd.*
33 Aurelio Gurrea Martínez, "La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica: Una reflexión sobre la función social de los investigadores de Derecho a partir de la experiencia de la SAS en Colombia", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 2/2018"*, 25 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3097775.
34 Gurrea; *et al.,* "Propuesta", 62-67.
35 Gurrea; *et al.,* "Propuesta", 62-67.

en temas administrativos y de financiamiento únicamente. En adición a este componente, vale la pena exhortar la necesidad de la creación de un espacio donde especialistas puedan tomar a cargo controversias que las compañías en el país presenten.

En atención a lo citado sobre el trabajo que propone la mejora y modernización de la legislación societaria, sería de gran aporte el mantener la misma figura del Centro de Arbitraje[36], y de esa forma otorgar a las partes vasta apertura de elección y facilidades en muchos aspectos. Como se ha mencionado, la SCVS, podría ser quien administre el Centro y se encargue del financiamiento del mismo, de acuerdo con requerimientos específicos que la entidad misma establezca. Es evidente que esta atribución de gestión del Centro no debería implicar que la SCVS dirima las controversias, ya que mantendría en todo momento un perfil ecuánime. Estos temas gozarán de mayor y más prolijo desarrollo en los siguientes capítulos.

4. Marco normativo

En inglés, *Law in action* es la aplicación del Derecho, mismo que se ejecuta correctamente cuando se pone en práctica el *Law on the books* o Derecho en los libros[37]. En la actualidad, Ecuador ha invertido un abundante esfuerzo en modernizar el segundo, su marco societario sustantivo. Tal avance normativo ha sido reconocido por varios países a escala regional y global[38]. La entrada en vigencia de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, así como varias otras reformas en el ámbito societario, específicamente, han significado un paradigmático y notable avance. Se ha traducido en una gran mejoría en varios principios y distintos procedimientos societarios.

El alcance de este avance es tal, esencialmente por la creación de las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante SAS), la protección de los socios o accionistas minoritarios mediante el establecimiento de las acciones derivadas, la implementación del régimen de la mayoría de la minoría para la aprobación de ciertas operaciones entre partes vinculadas y el empoderamiento de los accionistas minoritarios en la designación de directores independientes[39], en resumen. Por otro lado, se ha incluido también el reconocimiento de la *business judgment rule* (en adelante *BJR)* como patrón para medir la diligencia o eventual negligencia de los administradores y, finalmente, la promulgación del Código de Gobierno Corporativo[40].

36 *Ibíd.*
37 Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 12-36.
38 José Daniel Carreño Monsalve. "Ley de Modernización a la Ley de Compañías, cómo Ecuador pasó a estar a la Vanguardia del Derecho Societario en América Latina y lo que Significa para la Región", Revista Jurídica Uniandes, Vol 6 (1), (2021), 136-164.
39 Gurrea, *et al.*, "Modernizing Corporate Law in Latin America".
40 *Ibíd.*

No obstante a las varias Constituciones Políticas, los distintos Códigos Procesales, Leyes Orgánicas y demás normativa conexa, en el país no existe una instancia de resolución de conflictos por medio de expertos societarios. La realidad actual presenta la anacrónica figura de los jueces de lo civil y mercantil. En este capítulo, se enunciará la normativa existente, las normas en distintos códigos y cuerpos legales, principalmente en grado nacional, así como también a nivel más extenso por vía de instrumentos internacionales.

4.1. La normativa que rige en Ecuador

La norma suprema en el país es la actual Constitución (en adelante CRE) misma que tiene vigencia desde 2008. El artículo 76 literal k se refiere al derecho a la defensa, que afirma que las personas deben ser juzgadas por un juez independiente, imparcial y competente[41]. Dentro de la misma norma, los principios que rigen al ordenamiento son ennumerados de manera taxativa. Uno de ellos presta alta relevancia a los temas en cuestión, dado que expone que ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria[42]. En otras palabras, la ley máxima reconoce el principio de unidad jurisdiccional.

La generalidad, en cada país, es que la facultad de administrar justicia está en cabeza de la rama judicial[43]. En ordenamientos como el colombiano, la Constitución permite excepcionalmente que –en ciertas materias– determinadas autoridades administrativas tengan atribuidas facultades jurisdiccionales[44]. Es por ello que el órgano de control y vigilancia equivalente en el país vecino, la Superintendencia de Sociedades, Supersociedades sí tiene habilitada esa potestad y la aplica a través de su Delegatura para Procedimientos Mercantiles y por intermedio de su Centro de Arbitraje especializado (figura que se plantea tomar como modelo para incorporarse en Ecuador).

Con este concepto claro, es evidente que sin una reforma constitucional, no es posible permitir a nuestro órgano de control en materia societaria, que actúe como juzgador. Siendo por ello necesario incorporar la idea del Centro de arbitraje que, siendo administrado por la SCVS, contaría con instancias de decisión independientes. En su artículo 190, la CRE reconoce al arbitraje como procedimiento alternativo de resolución de conflictos[45]. Cabe instar que un elemento característico de este mecanismo es que no existe posibilidad de apelación a los laudos arbitrales[46].

41 Artículo 168.3. Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008.
42 Artículo 76.7.k. Constitución de la República del Ecuador, 2008
43 Liliana Otero Álvarez, "Las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de sociedades en la ley 1258 de 2008. ¿Un ejemplo a seguir?", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (2010) Colombia.
44 Artículo 116, Constitución Política de la República de Colombia, 04 de julio de 1991.
45 Artículo 190. Constitución de la República del Ecuador, 2008.
46 Artículo 30. Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

La regla de inapelabilidad de los laudos se manifiesta como una ventaja en términos generales, frente al sistema de justicia ordinaria, el cual lleva intrínseca la posibilidad de apelar las decisiones judiciales. Para el planteamiento en cuestión, recurrir a una figura de doble instancia, representaría una sustancial demora y mayores complicaciones[47] para la organización y funcionamiento del Centro. Las controversias se resolverían por personas altamente especializadas y de manera definitiva, sin que cupiere una reversión ulterior de tal decisión por instancias poco especializadas en temas societarios[48]. De este modo, se evitaría una vía usualmente congestionada con pretensiones civiles y comerciales de toda índole[49].

Es en la Ley de Compañías (en adelante LC) donde se expone en una serie de articulados, las atribuciones de los jueces de lo civil y mercantil en lo referente a los asuntos societarios. Se encuentra en los artículos 17 y 17A, en los que se menciona que la justicia ordinaria deberá conocer los casos sobre inoponiblidad de la persona jurídica en fraudes, abusos o vías de hecho cometidas a nombre de compañías[50]. El segundo artículo mencionado se refiere al mismo tema, señalando que esta acción se tramitará en procedimiento ordinario[51].

Más adelante, la misma LC habla de la posibilidad de impugnación de los acuerdos de las juntas generales por parte de los accionistas de una sociedad anónima que representen, al menos, la cuarta parte de su capital social[52], ante juez de lo civil de su domicilio principal[53]. En la relativamente reciente Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, existen artículos innumerados que hacen alusión a la competencia de los jueces de lo civil y mercantil. Son estos mismos jueces, del domicilio principal de SAS los que en caso de abuso del derecho de voto, pueden declarar nulidad de la determinación[54]. Estos artículos dan a conocer que la vía para resolver conflictos, en cada caso mencionado, es ante juez de lo civil y mercantil, al no existir "jueces de lo societario".

47 Paúl Noboa. "Problemas de Agencia", 37.
48 Paúl Noboa. "Problemas de Agencia", 37.
49 *Ibíd.*
50 Artículo 17. Ley de Compañías [LC], R.O.326 de 05 de noviembre de 1999.
51 Artículo 17A, LC.
52 Artículo 215, LC.
53 Artículo 216, LC.
54 Artículo innumerado titulado "Abuso del Derecho de voto", LC.

4.2. Instrumentos internacionales

4.2.1. Ley modelo sobre reglas de procedimiento para la resolución de controversias en las Sociedades por Acciones Simplificadas

La finalidad de esta Ley Modelo sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias en las SAS, es establecida en la sección 1 del primer Capítulo, que habla de "[…] suministrar las reglas procesales aplicables a la resolución de controversias[55]". En su sección de jurisdicción, menciona que "[…] la autoridad administrativa o colegiado especializado a cargo del procedimiento gozará de facultades judiciarias con relación a cualquier procedimiento[56]", y "[…] tendrá jurisdicción exclusiva sobre dicho procedimiento[57]". Este instrumento sirve como referente para la implementación a la que se hace alusión dado que expone reglas de procedimiento para esta problemática, precisamente.

Como se ha mencionado, existe una clara necesidad de crear reformas para mejorar el *enforcement* no solo en Ecuador sino en toda Latinoamerica. Tras leer la Ley Modelo, es posible sintetizar que la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) busca establecer reglas procesales adecuadas y la necesidad de cambiar el marco procesal más claro, procedimientos expeditos y autoridades especializadas que diriman las controversias societarias. Esta Ley Modelo, en definitiva, busca sortear los inconvenientes derivados del enfoque tradicional del *enforcement* societario en la región, sustituyéndolo por una instancia especializada.

5. El *enforcement* del Derecho Societario

5.1. Fines del Derecho Societario

El Derecho Societario tiene dos fines esenciales: regular los procesos de constitución societaria y mitigar los conflictos de interés que existen entre todas las partes que se relacionan por medio de una compañía[58]. Con relación al primer objetivo, se busca establecer un armazón legal que permita a los empresarios adoptar una estructura que les posibilite operar a través de regulaciones

55 Sección 1. Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES.188(LXXX-O/12), OEA, de 9 de marzo de 2012.
56 *Ibíd.*
57 *Ibíd.*
58 John Armour, Henry Hansmaan y Reinier Kraakman, "Essential Elements of Corporate Law", *ECGI Working Paper No. 134/2009*, 4. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436551

amigables[59] que los costos de transacción se reduzcan y que exista seguridad jurídica para los inversionistas.

En el caso ecuatoriano, el primer objetivo se ha visto reforzado mediante la implementación de las SAS. Estas tienen como sólida ventaja la formalización de emprendimientos, así se reducen costos de transacción y se suprimen formalismos que son más bien obstáculos y que en otros tipos de compañías hubieren tenido que afrontar[60]. Otro avance, por ejemplo, es el precedente de la Corte Constitucional que pretendió limitar los casos en los que se puede levantar el velo societario en contra de socios o accionistas[61].

El segundo gran objetivo del Derecho societario, mencionado de antemano, es la mitigación de los problemas de agencia[62]. A partir de un punto de vista económico del Derecho, los problemas de agencia son conflictos de intereses que se derivan de la convergencia de varios intereses en una compañía[63]. Un primer problema de agencia son los *managerial agency problems*, conflictos entre socios y accionistas con los administradores. También lo son los *shareholding agency problems*, conflictos entre socios o accionistas de mayoría, y los asociados minoritarios. Finalmente, los *stakeholding agency problems*, conflictos entre la compañía y terceros, son el tercer problema de agencia.

En Ecuador, el primer problema de agencia no tendría tanta incidencia, comparándolo con países con estructuras de capital disperso, ya que los socios o accionistas de mayoría, muchas veces, son también administradores de las compañías.[64]. El Derecho Societario no debería enfocar con prioridad el tercer problema de agencia tampoco[65], sin desvirtuar su gradual relevancia. En donde sí se debería centrar la atención es en la protección de socios y accionistas; y, de manera subsidiaria, únicamente, tutelar a los demás *stakeholders*[66].

El término "problemas de agencia" toma forma cuando la propiedad o el bienestar de una parte, el principal, depende de las actuaciones de terceros, los agentes[67]. Estos inconvenientes surgen en una amplia gama de situaciones que van más allá de aquello a lo que se podría clasificar como relaciones de

59 Reinier Kraakman et al, "What is Corporate Law?" en: *John Armour et al, The Anatomy of Corporate Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 19.

60 Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortíz Mena. "Elementos Característicos de las Sociedades por Acciones Simplificadas en Ecuador." *SSRN*, (Abril 2020): 8. https://ssrn.com/abstract=3582137

61 Sentencia No. 22-13-IN/20. Corte Constitucional del Ecuador. Quito, 09 de junio de 2020.

62 John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, *Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement*. En: John Armour *et al*, The Anatomy of Corporate Law, 3rd ed, 2017, OUP, 57-58. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555

63 Paúl Noboa, "Problemas de Agencia", 5-14.

64 Gurrea; *et al.*, "Propuesta", 10.

65 *Ibíd.*

66 Paúl Noboa Velasco. "The Ecuadorian corporate objective: Shareholder primacy in times of COVID-19." IIDF, (Abril 2020) https://www.derechoyfinanzas.org/en/the-ecuadorian-corporate-objective-shareholder-primacy-in-times-of-covid-19/

67 Paúl Noboa, "Problemas de Agencia", 37.

agencia[68]. Cuando las instituciones privadas de aplicación de la ley funcionan razonablemente, es posible proteger a los accionistas minoritarios quizás de manera más efectiva que otras figuras societarias, como por ejemplo el derecho de suscripción preferente[69].

Debido a su patrón de concentración de capital, se entiende que el conflicto que debe ser atendido en Ecuador e Iberoamérica es entre los socios o accionistas que tienen un interés controlante y quienes no lo tienen[70]. Esto apaciguaría potenciales abusos por posiciones privilegiadas en estas relaciones, lo cual se conoce como *tunneling*[71], actividad que posee variaciones diversas[72]. El derecho societario tiene, entre otros fines, la función esencial de aplacar la colisión de intereses con respecto a los diferentes grupos de interes dentro de una compañía. que pueden verse contrapuestos entre sí[73].

A fin de cumplir con este objetivo, según Noboa, "(…) el derecho de sociedades debe establecer mecanismos que encausen a los agentes a actuar en procura de los intereses de sus socios no controladores[74]". El enunciado sugiere que esta rama del Derecho tome cargo de los inconvenientes que puedan generarse en las relaciones entre y hacia los integrantes de una compañía para así brindar seguridad jurídica y un ejercicio correcto.

5.2. *Enforcement* en el Derecho societario

Uno de los objetivos del *enforcement* societario tiene que ver con los riesgos, el promover su gestión eficaz y limitar la asunción socialmente excesiva de los mismos[75]. En otros contextos, el objetivo es generar una disuasión creíble, castigar las irregularidades o garantizar que las partes lesionadas reciban una compensación adecuada[76]. El éxito de esta herramienta legal[77] se basa en la existencia de reguladores altamente expertos y bien informados, dotaciones que a menudo se adquieren por medio de sus interacciones con los participantes del mercado regulado en el contexto de las relaciones de supervisión diarias[78].

---

68 *Ibíd.*

69 Edward Rock, Paul Davies, Hideki Kanda, Reiner Kraakman and Wolf-Georg Ringe, Fundamental Changes, en: *John Armour et al, The Anatomy of Corporate Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 2017, 259-260.

70 Paúl Noboa Velasco, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador", *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, 03 de agosto de 2021, https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/

71 Vladimir A. Atanasov, Bernard S. Black, and Conrad S. Ciccotello. "Unbundling and Measuring Tunneling", *University of Illinois Law Review (2014),* 5. https://www.scholars.northwestern.edu/en/publications/unbundling-and-measuring-tunneling

72 *Ibíd.*

73 *Ibíd.*

74 Paúl Noboa, "La implementación de las acciones derivadas"

75 John Armour, Dan Awrey, Paul Davies, Luca Enriques, Jeffrey N. Gordon, Colin Mayer, and Jennifer Payne, *Principles of Financial Regulation,* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 578-579.

76 *Ibíd.*

77 *Ibíd.*

78 Armour, *et. al.*, "Principles", 578-579.

Un *enforcement* adecuado de las reglas para proteger a los inversionistas, es fundamental. Para hablar de ello es importante refrescar el concepto y resaltar que lo necesario es conseguir que las normas legales –esta figura de aplicación de la normativa– se apliquen bien. Es imprescindible que se encuentren extrapoladas con reglas procedimentales y reformas institucionales encargadas de administrar tales reglas[79]. Por mencionar el caso ecuatoriano, como se dijo anteriormente, producto de una serie de reformas a la LC en el año 2020, el país ha logrado situarse a la vanguardia de la regulación societaria con relación al denominado Derecho en los libros[80].

En Ecuador, por la incompatibilidad entre *Law in action* y *Law on the books*, el *enforcement* societario no llega a consolidarse. La normativa debe consagrar estándares que permitan ejecutar eficazmente muchos temas societarios[81]. A su vez, es imprescindible que el sistema procesal en general sea eficiente[82], algo que en Ecuador es virtualmente inexistente. En consecuencia, la aplicación de la normativa, a pesar de sus reformas, está alejada de un nivel deseable. Puede que la experiencia a lo largo de la historia confirme que la administración de justicia no está en condiciones de lidiar adecuadamente con el litigio societario complejo por la falta de jueces societarios especializados, y ello resume la precaria atmósfera que se vive en Ecuador.

Dado el escenario institucional, normativo y práctico del país, ¿sería empezar de cero y cambiar de raíz lo que se ha hecho hasta ahora, una solución? El cuestionamiento surge puesto que existen importantes dificultades en el ejercicio del Derecho que requieren atención de carácter urgente. Uno de los fundamentos de este razonamiento es que si en una jurisdicción no existe protección suficiente, así uno sea socio o accionista, acreedor u otro inversionista, no existe incentivo para participar en negocios con compañías incorporadas en tal jurisdicción, o al menos requerirán alguna compensación por el aumento de riesgo[83].

Para este tema es prudente ahondar en qué es y qué hace la SCVS. Se trata de un organismo técnico, que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, y está orientado a vigilar, auditar, intervenir y controlar el funcionamiento y organización de las compañías[84]. También administrá las actividades de las mismas, así como la disolución y liquidación de estas y de otras entidades en las condiciones que la ley determina[85]. La vigilancia y control de la SCVS comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros

79 Gurrea; *et. al.,* "Propuesta", 62-67.
80 *Ibíd.*
81 Esteban Ortiz Mena (ex Intendente de Compañías de Quito), en entrevista por autor, 26 de octubre de 2021. Transcripción: https://docs.google.com/document/d/18DTvehc-es6Q8cKfQRqtHcDOIAzwqi1F7_5g0JfIQJQ/edit?usp=sharing
82 Gurrea; *et. al.,* "Propuesta", 62-67.
83 Ventoruzzo, *et al.,* "Comparative Corporate Law", 104.
84 Artículo 430. LC
85 *Ibíd.*

y contables de una compañía[86]. Para todos estos efectos, la SCVS podrá ordenar inspecciones y verificaciones oportunas[87].

Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano[88]. Sus facultades específicas y áreas en las que puedan ejercer control, auditoría y vigilancia, se determinarán de acuerdo con la ley[89], sujetándose al ordenamiento jurídico y atendiendo al interés general. Su rol, en general, es supervisar y regular permanentemente las actividades de las entidades controladas[90]. Además de la SCVS, existen las superintendencias: de Bancos, de Economía Popular y Solidaria, de Control del Poder de Mercado, de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, y la reciente de Protección de Datos Personales. Existen únicamente estas, tras la desaparición de la superintendencia de Telecomunicaciones, así como la de Información y Comunicación, próximamente.

Retomando el enfoque sobre la SCVS, muchos acuden a la misma pretendiendo solucionar conflictos en materia societaria, y lo que no saben es que esta institución no tiene potestad de juzgador[91], como se defendió anteriormente, bajo el criterio del principio de unidad jurisdiccional. A pesar de lo mencionado, cabe señalar que esta entidad cuenta con autonomía administrativa y económica, misma que le permite regular y prestar servicios[92]. Por la vía de justicia ordinaria, muchas veces no se resuelve el conflicto por el tiempo que toma[93] y lo que finalmente sucede es que la compañía se disuelve o toma otra medida drástica[94].

5.3. Obstáculos para implementar un sistema eficaz de *enforcement*

El inversionista promedio puede no percatarse de elementos o ser engañado en sus negocios y decisiones, la cotidianidad lo demuestra en muchos ejemplos. Para Gillad, se trata de *the investor's rationale indifference*: no saber lo suficiente sobre una compañía en la que está invirtiendo y no tomar los medios para inspeccionar cada movimiento y decisión, podría ser una elección económica imprudente[95].

86 Artículo 432. LC
87 *Ibíd.*
88 Artículo 213. CR
89 *Ibíd.*
90 Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. "Historia y Funciones." SCVS, s/n. (Septiembre, 2015): 47-67. https://portal.supercias.gob.ec/wps/portal/Inicio/Inicio/Seguros/HistoriaFunciones#gsc.tab=0
91 Paúl Noboa, "Problemas de Agencia". 37.
92 *Id*
93 Ortiz, entrevista.
94 *Ibíd.*
95 Rotem Gillad. "Corporate Law Enforcement: The Israeli experience & the Israeli Economic Court", Foro Empresarial - *El enforcement del derecho societario en Ecuador*, USFQ Colegio de Jurisprudencia, 15 de abril de 2021, video, https://www.facebook.com/USFQJurisprudencia/videos/495322855234728

Los inversionistas suelen poseer una amplia tasa de compañías en su portafolio de inversiones, pero muchas veces no tienen el tiempo ni los recursos para informarse del todo en cada una de ellas[96], en referencia al nivel de inversión y el retorno esperado en cada una. Incluso si un inversionista interesado llegase a examinar las compañías con cautela, existirán siempre lagunas de información entre esta y el inversionista. Este elemento dificulta fuertemente el poder encontrarse con un buen *enforcement* societario[97].

A pesar de que la supresión de las barreras de entrada y la reducción de costes son elementos determinantes, lo que el inversionista busca es tener opciones para resolver los problemas de agencia que se presentaren y cualquier otro que requiera atención[98]. Aterrizando todo esto en el escenario ecuatoriano, muchos procesos son llenos de formalidades y demás obstáculos, lo que los vuelve largos y complejos. Esto deriva en dificultades como congestión judicial, tardanza en las citaciones, entre otras. En materia societaria, esta problemática toma mayor fuerza puesto que no existe especialización ni experticia en la autoridad judicial[99], lo cual produce deficiencia en la respuesta requerida como resultado del desconocimiento y poca calificación por quien resuelve los conflictos.

Ha sido la precaria situación en muchos campos del Derecho Societario, como los derechos de los accionistas minoritarios, lo que ha incentivado a las reformas para adaptar códigos y leyes de sociedades en los regímenes jurídicos de América Latina[100]. El derecho en libros en Ecuador debería funcionar sin impedimentos, en virtud de los grandes avances a partir de las mencionadas reformas societarias. En estas, es notorio que las autoridades societarias han dedicado esfuerzo en eliminar requisitos innecesarios y han considerado problemas bastante serios, como lo es la protección de los accionistas minoritarios. Que el *enforcement* sea adecuado es esencial, sin importar si es buena o no su *law on the books*[101].

Para Villalba, el área societaria en el país se encuentra huérfana, aunque con excepciones, puesto que no existe un *local case law* importante[102]. Si bien expone a la compañía como objeto de los conflictos, es también el motivo por el cual existe desarrollo económico en la sociedad[103]. Insta el trabajo a través de la especialización[104] sea de un juez, tribunal, o cualquier vía de resolución de conflictos expedita y eficaz, para hacer saber al inversionista cuál es su posición

96 Eilis Ferran and Look Chan Ho, *Principles Of Corporate Finance Law* (Oxford: OUP, 2014), 12
97 Rotem Gillad. "Corporate Law Enforcement."
98 *Ibíd.*
99 Vladimir Villalba, Foro Empresarial - *El enforcement del derecho societario en Ecuador*, USFQ Colegio de Jurisprudencia, 15 de abril de 2021, video, https://www.facebook.com/USFQJurisprudencia/videos/495322855234728.
100 Reyes. "Análisis", 84-85.
101 Reyes. "Análisis", 84-85.
102 Vladimir Villalba, "El enforcement del derecho societario."
103 *Ibíd.*
104 *Ibíd.*

en temas específicos. Villalba demanda atención a los diferentes gobiernos a través de las autoridades correspondientes, dada la necesidad de crear órganos de derecho especializados en la solución en materia societaria[105].

De los elementos más importantes para el *enforcement* es el *Master the Law*[106], en el que los jueces están enterados sobre una materia determinada, de manera especializada[107]. A su vez, esta propuesta aplica en los árbitros, quienes de igual manera deberían dominar la temática sobre la que se resuelve. En Ecuador no es posible hablar de *enforcement* societario cuando los funcionarios judiciales no cuentan con las características de un buen juez societario[108], mismas que permiten sustraer a este del inveterado formalismo propio de las jurisdicciones de la tradición civilista[109]. Es vital que tengan entrenamiento práctico específico, formación profesional e independencia para ser protagonistas en la adecuada administración de las reglas modernas del Derecho de sociedades[110].

En muchos casos, a los tribunales se les dificulta entender el más elemental de los negocios[111], lo cual trae consigo una demora importante incluso en procesos sencillos. Los jueces no disponen de un buen dominio en materias afines a economía, finanzas y administración de empresas, como para emitir una decisión empresarial, estimar su deseabilidad económica[112]. Estos tribunales de justicia no cuentan con experiencia, pericia ni conocimiento específico del negocio del que disponen los administradores sociales, lo cual en ocasiones sucede aún en jurisdicciones con magistrados de buena formación en materia económica[113].

Por otra parte, cabe hacer hincapié en que los jueces de corte civilista poseen formación y visión distinta. Un ejemplo de lo mencionado es la noción del estándar de "culpa" o "diligencia", que en lo civil, como buen padre de familia es averso al riesgo, mientras que en el ámbito societario, como buen empresario se debe buscar la asunción de riesgos razonables[114]. Todo esto frustra la correcta marcha de un régimen societario idóneo.

105 *Ibíd.*
106 Dominar la ley. (Traducción no oficial)
107 Luca Enriques. Off the Books, But on the Record: Evidence from Italy on the Relevance of Judges to the Quality of Corporate Law. Global Markets, Domestic Institutions, Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals. New York, Columbia University Press. 2003. pp. 258-259.
108 *Ibíd.*
109 Francisco Reyes Villamizar. "Aplicación del análisis económico del Derecho a la formulación de políticas legislativas sobre la materia". *Análisis Económico del Derecho Societario.* Ibáñéz. pp. 125.
110 Luca Enriques. "Off the Books but on the record", 258-259.
111 *Ibíd.*
112 Aurelio Gurrea Martínez. "La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el Derecho español", *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo Working Paper Series* (2015), 12-13. https://ssrn.com/abstract=2445545
113 *Ibíd.*
114 Paúl Noboa Velasco, "El reconocimiento de la Business Judgement Rule en el Derecho Societario en Ecuador", Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 21 de diciembre de 2020, https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/

5.4. Revisión y análisis de las experiencias en el derecho comparado y comparativo

De acuerdo con los aportes doctrinarios mencionados, un óptimo *enforcement* de las reglas serviría para proteger a socios, accionistas minoritarios o acreedores ante una distracción de activos por parte de los socios o accionistas de control[115]. Es importante resaltar que independientemente a que sean estas reglas malas o buenas, su ejecución debe ser apropiada. Adelante se realizará un análisis sobre las legislaciones más influyentes en cuanto a sus reformas y avances, que han permitido que en la aplicación sean modelos para las necesidades del Ecuador.

5.4.1. Delaware

En países como EE.UU. se aplica la *Business Judgement rule*, BJR[116], regla que presume que el administrador tomó una decisión informada y de buena fe[117]. La idea supone que los jueces no se inmiscuyan a analizar decisiones empresariales dado que, al no ser empresarios, carecerían del conocimiento técnico para analizar el mérito de una decisión empresarial[118]. Otra forma en la que se aplica el *enforcement* societario correctamente, es a través de las *class actions*[119], las cuales permiten presentar una demanda a nombre de una clase: grupo de individuos sin identificar, con un interés en común. Tiene ventajas para combatir la apatía racional de los inversionistas[120].

Como se mencionó anteriormente, Delaware, uno de los estados más pequeños de EE.UU., es conocido como un lugar ideal para constituir compañías porque goza de una Corte especializada "de equidad" con jurisdicción específica en disputas corporativas. Para este espacio, no hay jurados sino solo cinco jueces expertos y en caso de requerir apelación, la Corte Suprema de Delaware tiene también cinco jueces especializados en esta rama del derecho[121]. La jurisprudencia que generan ambas cortes es reconocida por su calidad y, definitivamente, un modelo ejemplar a nivel global. Estos jueces son capaces de resolver problemas societarios de alta dificultad rápidamente por su vasta dominancia en materia corporativa, financiera, contable, entre otras[122].

¿Cómo ha tenido tanto éxito en atraer inversiones y cómo mantiene su ventaja

115 Francisco Reyes Villamizar. "Análisis Económico del Derecho Societario", 84-88.
116 Traducción: Regla de la discrecionalidad.
117 Noboa, "El reconocimiento de la Business Judgement Rule".
118 Stephen Bainbridge, "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine" *7 Vanderbilt Law Review 83* (2004) 03-18.
119 Traducción no oficial: Acciones de clase.
120 Rosenfeld, Mordecai, "The impact of Class Actions on Corporate and Securities Law", *Duke Law Journal. Vol. 1972: 1167*. 1168-1170, https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2421&context=dlj
121 Ventoruzzo, *et al.,* "Comparative Corporate Law"; 104-108.
122 *Ibíd.*

competitiva por sobre las distintas jurisdicciones? Como indican Ventoruzzo, *et al.,* "(…) el estado de Delaware es el claro ganador en el mercado de los estatutos corporativos ya que la mayoría de las compañías que cotizan en bolsa y las más grandes están incorporadas allí." [123] Debido a este éxito, los demás estados y países podrían tomar estos estatutos de derecho corporativo y copiarlos, de ser necesario, para volver a sus jurisdicciones más atractivas. Después de todo, no hay derechos de autor frente al contenido de las leyes.

La Ley General de Corporaciones de Delaware está diseñada por expertos en Derecho Corporativo. El legislador anualmente revisa la legislación con el fin de resolver temas puntuales, corregir y modernizar[124]. Es una ley permisiva; no es detallada y prescriptiva, incluye requisitos obligatorios para proteger a los accionistas y provee flexibilidad para que salgan adelante los negocios. La verdadera ventaja de Delaware frente a los demás estados no tiene mucho que ver con las disposiciones estatutarias sino por la eficacia de su poder judicial, por su sofisticación[125].

"Delaware es un emblema y todos se quieren parecer a este Estado"[126], dice Ortíz. Haciendo un recuento de sus ventajas más importantes, menciona también que actualizan su legislación anualmente y sus fallos son presentados por escrito[127]. En adición a estos atributos, las sentencias que profieren sus cortes: *Court of Chancery and Supreme Court*[128] se caracterizan por la rapidez con la que se expiden[129], debido a los jueces expertos que conocen de diversa tipología contractual [130]. Más allá de ser un Estado barato con facilidades para la constitución de una compañía, al inversionista le atrae una legislación protectora[131].

5.4.2. Colombia

La práctica societaria estadounidense ha generado un patrón en muchas partes del mundo, como lo fue para la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Supersociedades en Colombia. Antes de profundizar en el caso colombiano y su centro de conciliación y arbitraje empresarial, cabe primero referirse a la Supersociedades. Una de las innovaciones más fuertes en la evolución de dicha entidad tiene que ver con la asunción de facultades jurisdiccionales para resol-

123 *Ibíd.*
124 *Ibíd.*
125 *Ibíd.*
126 *Ibíd.*
127 Ortiz, entrevista.
128 Traducción no oficial: Tribunal de cancillería y Corte Suprema.
129 Francisco Reyes Villamizar. "Análisis Económico del Derecho Societario", 126.
130 Alan Palmiter R. y Francisco Hernando Reyes Villamizar, "Arbitraje Comercial y otros Mecanismos de Resolución de Conflictos Societarios en Estados Unidos", *Editorial Cámara de Comercio de Bogotá* (2001), 77-90.
131 Ortiz, entrevista.

ver asuntos relacionados con las normas del derecho societario[132]. Asistiendo esta capacidad, se encuentra la Constitución Política, la cual establece que:

> […] Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. […]

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.[133]

Por su parte, la Corte Constitucional se pronuncia en la sentencia C-436 de 2013 sobre los requisitos que deben cumplirse para que puedan atribuirse las funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa[134]. Ambos cuerpos legales exponen la facultad que poseen específicas autoridades administrativas en definidos contextos y es precisamente lo que sucede en el caso de la Supersociedades.

La Supersociedades, a través de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, vio en el Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial un gran potencial para el cumplimiento de uno de sus fines esenciales, la resolución de conflictos entre empresarios. El objetivo y la razón de ser de este centro, es brindar instrumentos que les permitan abordar sus diferencias y solucionar sus conflictos de manera rápida y segura.

Desde hace varios años, esta Delegatura se ha planteado administrar justicia de manera pronta y eficaz[135]. Esto se ha conseguido gracias a un plan de acción que ordena "[…] realizar la gestión requerida, orientada a resolver de manera técnica y expedita, las desavenencias que puedan surgir entre los empresarios […]."[136] Entre las funciones de sus autoridades, consta el apoyar la programación de audiencias, dar seguimiento a las etapas procesales, así como al desarrollo de los planes estratégicos a cargo de la Delegatura y realizar seguimiento al desarrollo de los planes de acción operativos a cargo de la misma[137].

Retomando el tema del Centro de Conciliación y Arbitraje, es claro que su estructuración le permite estar dirigida a solucionar conflictos empresaria-

132 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo I* (Bogotá: Editorial Temis, 2016), 818
133 Artículo 116. Constitución Política de la República de Colombia. Gaceta Constitucional 116 del 20 de julio de 1991. Modificado por Acto Legislativo 2/2015.
134 Asignación de Funciones Jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Derechos de Autor, Actor: Diana Milena Díaz Agudelo, Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia, 436/2013 de 10 de julio de 2013, Bogotá D.C., Colombia, 19.
135 Superintendencia de Sociedades de Colombia. Delegatura Procedimientos Mercantiles. 2017. https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/Planeacion/Paginas/Delegatura-Procedimiento-Mercantiles.aspx
136 *Ibíd.*
137 *Ibíd.*

les. El Centro ha pretendido dotar de celeridad a los trámites que presentan frecuentes demoras procesales y, junto a ello, que los costes que respectan a la instalación y funcionamiento del tribunal se vean reducidos, incluidos los relativos al pago de honorario de los árbitros[138].

Con fundamento en la Ley que faculta a la Supersociedades para organizar un Centro de arbitraje, se confeccionó una selecta lista de árbitros para cumplir las concernientes funciones. La Supersociedades, en un novedoso reglamento en 2015, se inspiró en lo que sobre el particular se ha previsto en jurisdicciones más avanzadas como la de Delaware. En este actualizado reglamento institucional se establecen reglas que se orientan a facilitar el trámite y hacerlo menos costoso y más expedito[139]. Antes de la pandemia, se invirtió además considerablemente en el mejoramiento de la infraestructura física y tecnológica del Centro.

El mando estratégico del Centro se encuentra encabezado por el Superintendente de Sociedades, seguido por un delegado para Procedimientos Mercantiles y después por el Director del Centro. Cada uno cuenta con funciones específicas. En adición a estas autoridades, en el proceso de modernización del Centro se ha implementado la creación del Comité de Conciliación y Arbitraje, órgano encargado de la selección de árbitros, conciliadores y secretarios del tribunal[140]. Existen también dos subdirecciones, de arbitraje y conciliación, y una Secretaría[141] que cumple con funciones asistenciales.

El Centro se compone de una estructura organizada y preparada para ofrecer un servicio eficaz, con gratuidad en los gastos iniciales y posteriormente una ganancia percibida del 30% de los honorarios del árbitro[142]. El servicio de conciliación tampoco tiene costo, sin importar la cuantía de la solicitud[143]. Sin duda alguna, el modelo del país vecino, aquel con más de diez años de exitosa experiencia en resolución de conflictos societarios, sirve como ejemplo para confirmar que en Ecuador sería posible y bastante viable tomar la idea, sea bajo la misma figura de este Centro o una similar.

Al arrancar con esto, se podría consolidar al mismo como una alternativa óptima en resolución de conflictos societarios y así aportar mayor seguridad jurídica. Ello llevaría al fortalecimiento de las compañías, y al convertirse en impulsador de las mismas, aproximaría buena competencia, una necesidad de mayor inversión y, a su vez, creación de más empleos. Verdaderamente, Ecuador podría apoyarse en este triunfante modelo para tener la misma

138 Superintendencia de Sociedades, “Foro: El Arbitraje y el Derecho Societario”, 24 de septiembre de 2020, video, https://www.youtube.com/watch?v=PFqyDrXvxSQ.
139 Superintendencia de Sociedades, “Foro: El Arbitraje y el Derecho Societario”, video.
140 Superintendencia de Sociedades, “Foro: El Arbitraje y el Derecho Societario”, video.
141 *Ibíd.*
142 *Ibíd.*
143 *Ibíd.*

acogida y éxito, hasta mayor por el gran avance normativo que ha tenido en el último tiempo.

5.4.3. Israel

A pesar de ser un país pequeño, Israel tiene un mercado de capitales bastante desarrollado. En los últimos 10 a 15 años, se han introducido importantes avances en las áreas de corporaciones y *securities*[144] *enforcement*, y por esto, ha sido testigo de una tendencia positiva en el nivel de gobierno corporativo en el mercado[145]. Para los países pioneros, ¿por qué ha sido tan desafiante conquistar un buen *enforcement* societario? Pues bien, es simplemente complicado ya que existen mecanismos y herramientas económicas, términos profesionales específicos y todo un lenguaje que se debe aprender antes de tener la capacidad de obtener la comprensión más básica de lo que ofrece el mercado de capitales.

Este país es un caso de estudio interesante para aquellos países interesados en la mejora de su *enforcement* en materia de derecho de sociedades. Un factor importante, presente no solo en Israel sino a nivel global, es la falta de cultura societaria[146] y la falta de *corporate compliance*[147]. Parte de las soluciones y condiciones para un entorno empresarial próspero de *enforcement*, desde la experiencia israelí, ha sido el poder de la ejecución civil. Leyes y prácticas desarrolladas sobre acciones derivadas y de clase han sido también mecanismos que cambiaron las reglas del juego[148].

Los mecanismos mencionados se han desarrollado tanto en la ley como en la jurisprudencia de los tribunales y florecieron bastante en la última década[149]. En definitiva, un buen equilibrio de mercado con todas las funciones para proporcionar a los inversionistas la protección que necesitan, contribuye a un buen crecimiento económico, un mercado de capitales desarrollado y estructuras de propiedad más dispersas[150].

En la primera década de este siglo, existió una fuerte época de protestas en la nación israelí. Estas comenzaron con demandas de vivienda asequible y con el tiempo encendieron un interés nacional en temas económicos: brechas entre diferentes clases sociales, nexos entre clase empresarial y clase política, entre otras[151]. A la par, se notó que los tribunales no tenían la capacidad de

144 Traducción no oficial: Valores negociables.
145 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".
146 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".
147 Traducción no oficial: Cumplimiento corporativo.
148 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".
149 *Ibíd.*
150 Gurrea*, et al.*, "Modernizing Corporate Law in Latin America".
151 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".

examinar las decisiones comerciales o corporativas en retrospectiva. Primero, era injusto y poco práctico ya que los jueces no están familiarizados con estos temas, segundo, puede tener un efecto indeseable que afectaría el crecimiento y el éxito de la compañía y, tercero, simplemente no es su trabajo[152].

Todo lo mencionado condujo a la creación de un espacio para garantizar un buen cumplimiento corporativo, cuya idea nace precisamente en 2006. La autoridad de *securities* de Israel conformó un comité, mismo que concluyó con la recomendación de la creación de Tribunales Económicos especializados, inspirados también en la *Delaware Court of Chancery*. La mera existencia de este espacio permitiría que se aplique el sistema de pesos y contrapesos de manera correcta y que no se destruyan los mercados de capital en el proceso.

En esta creación se establecieron expectativas y objetivos especiales para su funcionamiento[153], los cuales buscarían servir al propósito general de la justicia y decidir las disputas entre las partes ante él. Estaría claro también, que el mismo pretendería lograr resultados deseables que vayan más allá del estrecho interés de las partes[154]. Al igual que en las similares figuras comentadas previamente, este tribunal debería estar equipado con jueces de profundos conocimientos en finanzas y valores corporativos, de modo que pudiera ofrecer un buen remedio.

El papel principal que la comisión designó al Tribunal fue la protección de los accionistas minoritarios[155], función que evitaría la opresión e infracciones al deber de lealtad, lo cual ayudaría a tener un mercado desarrollado y crecimiento económico. Este tribunal económico especializado no se encuentra apartado y en solitario, cuenta con dos departamentos económicos y tres niveles judiciales. Estos niveles, de abajo hacia arriba, se dividen en tribunales de magistrados, situados en varias ciudades de Israel, seis tribunales distritales, con jurisdicción local sobre diferentes áreas geográficas, y la Corte Suprema[156].

El primer departamento económico se estableció en el Tribunal de Distrito de Tel Aviv hace un poco más de 10 años. Debido a su éxito, el segundo departamento económico se estableció en Haifa, en 2018. Las materias de jurisdicción de los tribunales de distrito van desde derecho civil corporativo y derecho administrativo, hasta "valores negociables" [157].

Por supuesto, existían preocupaciones previo a la creación del Tribunal Económico: ¿se tratará de demasiado poder judicial en manos de pocos jueces? o ¿habrá una sobrecarga de litigios? El profesionalismo, la comprensión y el conocimien-

152 *Ibíd.*
153 *Ibíd.*
154 Gurrea*, et al.*, "Modernizing Corporate Law in Latin America".
155 Rottem Gillad, "Corporate Law Enforcement".
156 *Ibíd.*
157 *Ibíd.*

to de los jueces fueron claves para tomar decisiones buenas y equilibradas[158]. Desde la perspectiva internacional, lo que explica la satisfactoria aprobación general del tribunal hasta hoy, es su notable eficiencia, decisiones fundamentadas y jurisprudencia consistente y coherente, que produce mayor certeza.

La correlación existente entre la implementacion adecuada del *enforcement*, aplicada por el Tribunal, y la protección a los minoritarios, reflejado en la "prima de control"[159] que Israel ha experimentado, es otro factor que lo ha vuelto exitoso. Para concluir, decimos que este sistema en Israel funciona bien porque existió una reforma procesal societaria integral para que se creen Tribunales especializados, implementada correctamente. Si bien el Derecho es distinto en todas partes, los modelos estructurales sirven de muy buena referencia.

6. Aplicación del Derecho Societario en Ecuador

6.1. Introducción

Al amparo de la aludida regla del *BJR*, los administradores de las compañías se encuentran bajo protección al tomar decisiones empresariales, siempre que se haga de manera informada, objetiva y razonada[160]. El reconocimiento de la *BJR*, es impulsado en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías. Esta incorporación presenta un gran provecho al motivar la asunción prudente de los riesgos en favor de la creación de compañías, el impulso de la innovación y desarrollo económico del país[161].

El uso de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, sistema que ya funciona en algunos países (como el sistema SIARELIS de la Supersociedades de Colombia)[162] –con algoritmos especiales– contribuirá a acceder y en procesos específicos, permitiendo la resolución de controversias con mayor agilidad[163]. Si bien las ODR: *Online Dispute Resolutions*[164] son una marca, son también la remisión al campo disciplinar que se origina en las nuevas tecnologías y la resolución de conflictos en mediación o arbitraje, por video[165].

158 *Ibíd.*
159 Cantidad que un comprador está dispuesto a pagar sobre el precio de mercado actual de una compañía que cotiza en bolsa para adquirir una participación de control en esa compañía. Alejandro Buján Pérez, Enciclopedia Financiera, (último acceso 17 de noviembre de 2021), http://www.enciclopediafinanciera.com/definicion-fianza.html
160 Paul Noboa Velasco. 2020. El reconocimiento de la "Business Judgement Rule" en el Derecho Societario en Ecuador. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/
161 Paúl Noboa, "Reconocimiento", n/d.
162 Carmen Elena Gutiérrez, Conozca el sistema virtual que apoya la resolución de litigios societarios, Legis Ámbito Jurídico, 24 de noviembre de 2018, https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/conozca-el-sistema-virtual-que-apoya
163 Ricardo Oliva León, "Transformación Digital y Tecnología de la Justicia", en *Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina: Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y Desafíos Regulatorios,* (Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), 441.
164 Traducción no oficial: Resolución de disputas en línea.
165 Ricardo Oliva León, "Transformación Digital", 441.

Estos ejemplos, demuestran que la implementación de recursos tecnológicos facilitaría el acceso a la justicia, asegurando la garantía de la tutela judicial efectiva y una importante reducción de costes procesales, en beneficio de las partes[166]. Sin duda alguna, la evolución en varios de estos campos habilita la consideración de nuevos canales para proporcionar soluciones y a la vez ahorrar más aún en costes y tiempo.

6.2. Problemas del régimen actual

Dentro de las varias críticas al Derecho Societario en Ecuador, así como las obstaculizaciones que estas faltas producen, las más notables –en concomitancia al *enforcement* inadecuado y las prioridades equivocadas que tienen las autoridades– es la insuficiente protección que tienen los accionistas minoritarios y una evidente falta de "cultura societaria". El índice *Doing Business* del Banco Mundial sirve como referencia para analizar el crítico estado en el que el país se encuentra, ya que ocupó la posición 123 entre las 190 economías analizadas y la número 18 entre los 32 países de América Latina y el Caribe[167].

Al hablar de prioridades equivocadas, existen varios trámites y costes que se convierten en claros obstáculos para los emprendedores, lo cual los obliga a optar por la informalidad. Es claro e identificable que el Estado no concibe a la compañía privada como su aliada para la generación de valor. Se crean obstrucciones constantemente y se vuelve muy difícil crear y mantener compañías. Muchas veces las instituciones ven al emprendedor con sospecha, sin percatarse de que sus en momentos desacertadas decisiones, pueden causarle daño a ellos así como a la sociedad.

7. El Arbitraje como mecanismo para mejorar el *Enforcement* Societario

7.1. Naturaleza de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos con naturaleza adversarial y adjudicativa[168]. Este mecanismo pretende solventar controversias entre partes que, por el principio de la autonomía de la voluntad, pueden someter su controversia susceptible de transacción; presente o futura, a una resolución. Es una de las vías más atractivas alternas al proceso judi-

166 *Ibíd.*
167 Banco Mundial, Índice Doing Business, 2020.
168 José María Roca Martínez, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, (Barcelona, Editorial José María Bosch, 1992), 18.

cial[169], al ser rápida y efectiva para resolver conflictos transigibles de las partes en situación litigiosa. Persigue vencer el exagerado rigorismo jurídico del proceso judicial, al evitar el seguimiento minucioso de formalismos[170].

Cabe resaltar que para muchos temas, la justicia ordinaria puede ser mucho más eficaz que el arbitraje, y para otros ciertos casos, es posible decir que el arbitraje es mejor administrado y más eficiente que el sistema tradicional de justicia[171]. Al tratarse de un proceso en que las partes acuden voluntariamente, en cuyos casos las mismas partes designan al árbitro, cuenta con mayor posibilidad de cumplirse[172]. Algo importante es que ambas vías pretenden una solución equitativa entre las partes que se vean envueltas en un conflicto.

Adicionalmente, entre otros beneficios, el arbitraje permite mayor celeridad en la resolución de las controversias. En función del tiempo, el sistema arbitral podría verse como menos costoso, siempre y cuando sea manejado con discreción y confidencialidad[173]. Su procedimiento jurisdiccional es *sui generis*[174], de cumplimiento obligatorio por su efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada[175]. Las decisiones son emanadas a través de laudos emitidos por un tercero, llamado árbitro. Este laudo arbitral generalmente privilegia la ética y buena fe por sobre los tecnisismos jurídicos injustos[176].

La especialización de los árbitros en las distintas materias que son sometidas a su conocimiento y decisión, ofrece muy buenos resultados[177]. Cabe resaltar que claramente resulta propicio dentro de todo contrato con fin comercial, al ser una forma segura para obtener una solución definitiva para un conflicto. Desde hace décadas se habla de este mecanismo para resolver disputas, así como el fomento de la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos comerciales, en especial para discordias sobre patrimonio[178].

7.2. Arbitrabilidad de las controversias societarias

Carreño dedica una detallada explicación sobre este mecanismo para la resolución de conflictos societarios, al examinar y abiertamente encomiar a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías ecuatoriana, sus beneficios y la situación del país referente al Derecho Societario latinoamericano por sus

169 *Ibíd.*

170 María Rosa Cattaneo, *El Arbitraje como instrumento para la solución de conflictos societarios* (Mar del Plata: Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, 1995), 472-473.

171 Jorge Hernán Gil Echeverry. *Curso práctico de arbitraje*, (Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1993), 11.

172 María Rosa Cattaneo, "El Arbitraje como instrumento", 473.

173 Jorge Gil. "Curso práctico de arbitraje". 11.

174 *Ibíd.*

175 María Leonor Piedrahita Ortega, "El arbitraje de consumo: análisis comparado y lineamientos para su posible introducción en la legislación ecuatoriana" (tesis, Universidad Andina Simón Bolívar. 2015), 14-16.

176 María Rosa Cattaneo, "El Arbitraje como instrumento", 474.

177 Jorge Gil. "Curso práctico de arbitraje". 11.

178 María Rosa Cattaneo, "El Arbitraje como instrumento", 474.

innovadoras reformas en 2020[179]. En otro orden de ideas, también resalta la inconveniencia que se deriva de la inexistencia de un tribunal especializado en la resolución de conflictos societarios en Ecuador. Como opción, plantea la posibilidad de que el estatuto social incluya una cláusula compromisoria que permita resolver estos conflictos mediante arbitraje[180].

Esta clase de análisis permite entender por qué sería bueno evitar la complejidad de acudir a la justicia ordinaria que ya atiende a un sinnúmero de casos comerciales y civiles. De esta forma, resultaría más eficiente sujetar la resolución de controversias societarias a instancias especializadas, en lugar de hacerlo al dictamen de un juez de lo civil y mercantil, autoridades no especializadas en materia societaria[181]. Los beneficios que se presentan en países con sistemas judiciales suficientemente buenos, sirven de prueba para entender que tanto las buenas reglas como su *enforcement* son esenciales, y su combinación, aún más efectiva[182].

Como se debatió antes, en Colombia, por medio del Centro de Arbitraje, esta alternativa ha sabido exhibir de manera sustentada, resultados para que otros países puedan ver cómo solucionar controversias entre empresarios. Tal y como indica Esteban Ortíz, ex Intendente de Compañías de Quito, "[…] a través de cláusulas arbitrales establecidas en el estatuto de las compañías, se podría canalizar la solución de conflictos a través de este mecanismo cuya resolución la hagan árbitros extremadamente calificados y que conozcan sobre la materia[183]".

La expedición de una ley que delimite el alcance y establezca mecanismos de cumplimiento obligatorio para la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos[184], sería un soporte inmenso. Este refuerzo normativo permitiría fortalecer el *enforcement* societario y sería ideal para proporcionar seguridad jurídica, así como mayor transparencia y claridad sobre el tema. En adición a esto, parámetros para que la validez del arbitraje sea reconocida[185].

7.3. Propuesta de creación de un centro arbitral administrado por la SCVS.

Si bien el Consejo de la Judicatura podría preparar y especializar a jueces en materia societaria y mercantil, es sustancialmente menos viable y favorable

179 Daniel Carreño Monsalve, "Ley de Modernización a la Ley de Compañías", 136-164.
180 *Ibíd.*
181 Daniel Carreño Monsalve, "Ley de Modernización a la Ley de Compañías", 136-164.
182 La Porta, *et al,* "Law and Finance After a Decade", 445-446.
183 Ortiz, Entrevista.
184 *Ibíd.*
185 *Ibíd.*

para el escenario que se persigue[186], por todas las desventajas que se presentan ante otras alternativas como la propuesta. Al observar la práctica en otros países, establecer un sistema de doble instancia podría conducir a que autoridades no especializadas, puedan revertir decisiones proferidas por un Centro especializado en materia societaria (tal y como sucede con las acciones de apelación que se presentan frente a las sentencias emitidas por la Supersociedades de Colombia).

Como se mencionó, ya existen planteamientos referentes a la creación de un espacio al que puedan recurrir las personas que requieran solucionar conflictos en materia societaria[187]. Este debería revelarse como un sistema apto, independiente, que genere confianza, sea calificado y avanzado. En adición a la propuesta del trabajo de Gurrea[188], existe un anteproyecto de ley que sugiere la implementación de una instancia arbitral especializada en materia societaria con plenas atribuciones de resolver conflictos societarios y mercantiles, exclusivamente.

A pesar de que el anteproyecto referido no llega a la Asamblea Nacional aún, se encuentra bien encaminado y es cuestión de tiempo para que sea recibido y aprobado de acuerdo al proceso pertinente. Este anteproyecto se fundamenta en la recomendación de la OEA para acoger la Ley modelo sobre reglas de procedimientos para resolución de controversias de las SAS[189]. Sin embargo, este no pretende atender solo SAS sino también generar mecanismos de resolución de conflictos para todo tipo de compañías mercantiles.

El Centro de Resolución de Controversias Societarias (y sus equivalentes en cada país) es una alternativa que ha demostrado buenos resultados, con sus matices, en Colombia, Israel, Holanda, además del referente principal, el estado de Delaware. Principalmente por esta razón, está muy claro que es la mejor opción. Se deberá apuntar a que el Centro sea administrado por la SCVS, para evitar costes innecesarios, dar facilidades a aquellos arbitrajes de poca cuantía, regular con nitidez la incorporación de terceros con legítimo interés al proceso, a pesar de no haber suscrito en el estatuto contener una cláusula arbitral[190].

En Colombia, la Supersociedades se responsabiliza considerablemente del financiamiento para el funcionamiento del Centro y es algo que podría suceder en Ecuador de la misma manera. Antes de la pandemia, la SCVS percibía por concepto de contribución de todas las compañías alrededor de USD 180

186 *Ibíd.*
187 Asamblea Nacional del Ecuador, Proyecto de ley sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias Societarias. Presentado por Asambleísta Wilma Piedad Andrade Muñoz, 24 de enero 2022. Último Acceso: 28 de enero de 2022.
188 Gurrea, *et. al.*, "Propuesta", 57
189 Asamblea Nacional del Ecuador, Proyecto de ley sobre Reglas de Procedimiento para la Resolución de Controversias Societarias.
190 *Ibíd.*

millones anuales[191]. El rubro se ha visto afectado a partir de la pandemia por Covid-19, pero, de igual manera, el valor que hoy en día entra a las arcas de la SCVS es muy cercano[192]. Por lo que se refiere al presupuesto anual de la SCVS, se habla de USD 40 millones aproximadamente, lo cual afirma que existe un monto abundante del cual se podría sustentar para ofrecer un servicio para las compañías[193].

8. Conclusión

Las discuciones de derecho societario en Ecuador deben cambiar para no versar sobre debates de carácter tramitológico o burocrático, sino enfocarse en los temas que van a incidir en el deseo de las personas que pretenden invertir en compañías ecuatorianas. Encontrar mecanismos para mejorar el *enforcement* resulta fundamental, por lo que dirigirse por medio de esta resultaría de mucha utilidad. Sobre los demás temas que limitan al derecho ecuatoriano actualmente, es evidente que debe haber modificaciones para obtener un modelo de *enforcement* societario exitoso. Ello conseguiría que Ecuador se convierta en un destino atractivo para invertir, crear compañías y más. Así lo confirman los países con una correcta aplicación de sus reglas societarias.

Para las diversas situaciones que los problemas societarios pueden presentar, existen también muchas complejidades y por ello se requiere acceso no solo a un mecanismo alternativo de solución de conflictos, sino que este sea técnico y pueda generar seguridad a todos los involucrados. Por ello, una solución sería la creación de un Centro, como espacio de especialización para dirimir este tipo de controversias. En otro orden de ideas, el Centro debería precisar una serie de requerimientos a cumplirse, como una estructura ordenada y objetivos claros.

El propósito es encontrar una alternativa que brinde soluciones a socios, accionistas y todo aquel relacionado con una compañía. Incluso el accionista mayoritario tendría incentivos para recurrir al arbitraje para tener una respuesta técnica al abuso del derecho de voto de la minoría, por ejemplo. Por otro lado, es bien sabido que el acceso al arbitraje implica duros gastos para las partes, aspecto que podría resultar perjudicial para muchas compañías, al afectar su flujo de caja. La implementación de un sistema que subsidie el acceso a este mecanismo, permitiría eliminar una barrera de entrada económica, en beneficio de compañías y grupos de interés relacionados.

Los gastos administrativos del Centro pueden financiarse de varias formas. La SCVS tiene para asumir la totalidad de gastos gracias a las contribuciones que

191 Ortiz, Entrevista.
192 *Ibíd.*
193 *Ibíd.*

recibe, aunque bien podría cubrir únicamente aquellos gastos en beneficio de las mipymes[194]. A mi parecer ambas opciones son justas, pero para mayor alcance y aplicabilidad, dado su fuerte soporte económico, sería mejor la primera opción. Este órgano se responsabilizaría además de la administración y gestión económica del Centro, para ello deberá existir una tabla que determine cómo (en procesos) y cuánto (cuantías). Sería ideal dividir la materia para que temas que involucren más recursos y tiempo sean resueltos de cierta forma, y los más sencillos, atendidos de manera breve, sea con un solo árbitro en lugar del tribunal.

Conceptualmente, no hay limitación para que las partes pacten arbitraje, pero en la práctica los costes en los que las partes deberían incurrir actúan como una seria limitación para recurrir a esta alternativa. Dicho esto, como la SCVS se haría cargo de administrar el Centro, gestionarlo y ciertamente financiarlo, se estaría lidiando correctamente con la eliminación de barreras de entrada que desincentiven el uso del arbitraje (que es excesivamente oneroso, en varios casos). Es por ello pertinente considerar un sistema de subsidio en el que todas las compañías puedan beneficiarse de esta alternativa, no solamente aquellas financieramente solventes.

A la par de lo antedicho, debe existir la posibilidad de elección para las partes en cuanto a la fijación de honorarios de los árbitros. En caso de no estar en condiciones para pagar, podrían proceder a solicitar a la SCVS que cubra con tales gastos. En adelante, a las partes les corresponde únicamente escoger al árbitro (libremente), tema en el que la SCVS no interviene, en ningún caso.

Como se ha mencionado, Ecuador cuenta en muchos aspectos con una sólida y avanzada legislación, y lo que se pretende es superar el desafío más grande que enfrenta actualmente, saber aplicarla. Si Ecuador efectúa el reconocimiento legislativo de esta propuesta, habrá dado un paso gigante. En este sentido, este avance impulsaría naturalmente a las demás instituciones y herramientas del derecho de sociedades a trabajar en armonía y encaminarse a servir para obtener un adecuado modelo de *enforcement* societario.

Si bien es cierto ya existen Centros de arbitraje y mediación en Ecuador, estos no son especializados en materia societaria. A mi parecer, los postulantes para delegados de los procedimientos societarios que, en definitiva, serían árbitros societarios, tendrán que acreditar sus conocimientos a través de exámenes efectuados por la SCVS. Con relación a su profesionalización, es importante reiterar que la resolución de conflictos societarios urge de entendidos en normativa local y tendencias societarias contemporáneas a nivel mundial. Con este fin, las partes tendrían la posibilidad de seleccionar un árbitro que cumpla con sus exigencias de manera técnica.

194 Micro, pequeña y mediana empresa

Este trabajo ha conseguido responder la pregunta jurídica planteada, ya que ha demostrado que no existe un marco de *enforcement* societario adecuado en el país. La experiencia de otras jurisdicciones permite entender y reflexionar que sus modelos exitosos le dan confianza a Ecuador de aplicar correctamente su normativa en tal materia. Como fue mencionado, ello garantizaría mayor seguridad jurídica y coadyuvaría a un mayor desarrollo comercial y empresarial. Existen retos, pero a su vez, también alternativas por implementar. Es cuestión de enfocarse en las soluciones y trabajar en obtener resultados aplicables y fructíferos en cada ámbito.